

Universidades Lusíada

Cardoso, José António Martins Lucas, 1964-

O poder de substituição em direito administrativo: enquadramento dogmático-constitucional" de Paulo Otero

<http://hdl.handle.net/11067/5084>

<https://doi.org/10.34628/s1rj-8q04>

Metadados

Data de Publicação	1998
Resumo	A monografia que apresentamos consiste na dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico- Políticas defendida por PAULO OTERO em provas públicas realizadas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em Junho de 1996. A leitura do plano de trabalho estabelecido para a presente dissertação (cfr. p.II) permite constatar que a mesma constitui pane integrante de um plano de investigação traçado pelo autor a longo prazo e do qual os trabalhos. "A competência delegada no Direito administrati...
Palavras Chave	Direito administrativo - Portugal, Direito constitucional - Portugal, Otero, Paulo, 1963- Crítica e interpretação
Tipo	article
Revisão de Pares	yes
Coleções	[ILID-CEJEA] Polis, n. 06 (1998)

Esta página foi gerada automaticamente em 2023-05-04T20:43:11Z com informação proveniente do Repositório

o estudo das revisões processadas com as Leis Constitucionais n.ºs 1/82, 1/89 e 1/92 (quanto a esta última mais parco tendo em conta que coincidiu temporariamente com o momento da entrega da tese).

Com esta breve análise da obra cuja leitura vos propomos, pretendeu-se, apenas, “aguçar o apetite do leitor” para uma obra que deve ser parte integrante da biblioteca de qualquer teórico ou prático do Direito em geral e, em especial, daqueles que nutrem um especial “afecto” pelo Direito Público.

O valor da obra é inegável o que, só por si, justifica a sua leitura. No entanto,

outras razões motivam a sua leitura. Na realidade, trata-se da primeira obra monográfica sobre a figura da Revisão Constitucional onde estão retratadas, a par das posições do autor, as grandes posições doutrinárias nacionais e estrangeiras sobre o assunto. Finalmente, mas não de menos importância, a obra em apreço é prefaciada pelo Professor Pablo Lucas Verdú, sem dúvida um dos expoentes mundiais no que toca ao estudo, ensino, divulgação e desenvolvimento do Direito Constitucional.

Raúl Mota Cerveira

PAULO OTERO

O poder de substituição em Direito Administrativo: Enquadramento dogmático-constitucional

Lex Editora, Lisboa 1995, 2 vols, 978 pp.

A monografia que apresentamos consiste na dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas defendida por PAULO OTERO em provas públicas realizadas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em Junho de 1996.

A leitura do plano de trabalho estabelecido para a presente dissertação (cfr. p.11) permite constatar que a mesma constitui parte integrante de um plano de investigação traçado pelo autor a longo prazo e do qual os trabalhos, “A Competência Delegada no Direito Administrativo Português” (Lisboa, 1987) e “Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa” (Coimbra, 1992) constituem as etapas anteriores. A linha de continuidade identificada caracteriza-se pela sucessiva

abordagem de temas sobre organização administrativa, matéria que tem merecido a preferência de PAULO OTERO ao longo das suas provas académicas, apesar de reconhecer que o assunto não está compreendido no elenco dos temas mais queridos aos jus-publicistas “reflexo de uma ultrapassada concepção sobre a neutralidade da organização administrativa ou de persistência de um antigo complexo que impele os cultores do Direito público (...) a tratarem temas que lhes parecem homólogos aos que fizeram a glória do Direito privado”, opções que na óptica do autor prosseguem o fim de contrariarem “uma espécie de complexo de inferioridade de publicistas em face do Direito civil” (p. 115).

Pese embora a dissertação tenha por objecto um tema de Direito Administrativo, a abordagem do mesmo é feita numa “perspectiva marcadamente constitucional”, na medida em que PAULO OTERO confessa não ter a pretensão de abordar todos os aspectos referentes ao poder de substituição, apenas visando o respectivo enquadramento à luz da Constituição” (p.7). Opções, temática e metodológica, que se encontram afinal patentes no título da tese: O poder de substituição em Direito Administrativo.- Enquadramento dogmático- constitucional.

O conteúdo específico da dissertação é apresentado de forma sumária pelo próprio autor como o resultado de uma investigação desdobrada pela análise das seguintes questões: “(1ª) importância da História do Direito para a compreensão de certas instituições jurídicas dotadas de fácil plasticidade a diferentes modelos político-constitucionais; (2ª) quebra de alguns mitos interpretativos da Constituição de 1976 sobre o papel da Administração Pública, o estatuto do Governo e o modelo de organização administrativa; (3ª) articulação entre o poder de substituição e a garantia de efectivação a nível administrativo do modelo constitucional de Estado de Direito democrático” (idem).

O desenvolvimento da primeira das questões mencionadas é objecto exclusivo da parte I da dissertação, denominada “Poder de Substituição.- Evolução Histórico-Comparativa” e no âmbito da qual PAULO OTERO se debruça sobre o estudo da Substituição sucessivamente no âmbito do Estado Pré-Constitucional (cap. I) e em sede de Estado Constitucional (cap. II); abordando a figura nos Direitos Romano, Canónico e Medieval no âmbito da primeira fase, enquanto que na fase posterior se dedica ao estudo das

principais concepções do poder de substituição nos sistemas político-administrativos de vários Estados da Europa continental e em especial da evolução das mesmas ao longo da experiência constitucional portuguesa.

Na parte II da monografia, subordinada à epígrafe “Poder de substituição: Realidade Jurídico-Dogmática”, mais concretamente em sede de capítulo (I) dedicado ao estudo do Conceito do Poder de Substituição, PAULO OTERO define “substituição” como a “permissão conferida pela ordem jurídica de um órgão administrativo (substituto) agir em vez de outro órgão administrativo (substituído), praticando actos sobre matérias cuja competência primária ou normal pertence a este último” (p.391). O autor relata como durante a investigação conducente a este resultado pôde constatar que “o poder de substituição é insusceptível de ser rigorosamente definido através de um único critério, sendo necessário, por isso mesmo, o recurso à conjugação de vários elementos” (p.389), pelo que, beneficiando do estudo realizado nos trabalhos anteriores já referidos e assumindo que no âmbito dos mesmos adoptara definições de certo modo restritas, elabora o conceito de substituição mencionado baseando-se na “conjugação de três elementos”: estrutural, funcional e legitimador (p.391).

O núcleo essencial da dissertação, isto é, o momento que PAULO OTERO reserva para se pronunciar sobre os temas controvertidos que motivaram a sua investigação, encontra acolhimento no capítulo (II) dedicado ao estudo do Fundamento do Poder de Substituição e compreende a análise do Estado de Direito Democrático, Administração e Poder de Substituição (sec. I) e do Modelo Cons-

titucional de Organização Administrativa e Poder de Substituição (sec. II).

Quanto ao estudo da relevância do “poder de substituição” no contexto do Estado de Direito democrático, PAULO OTERO começa exactamente pela busca da definição e caracterização constitucionalmente adequada desta realidade jurídico-política adiantando a tese segundo a qual “o conceito de Estado de Direito democrático” consagrado pela Constituição de 1976 tem as suas coordenadas de compreensão numa postura metodológica comparativa das semelhanças e diferenças em relação ao modelo de “Estado social de Direito” definido pela Constituição de 1933” mas “dotado de uma componente política democrática” (p.525) e não deixa de realçar tratar-se de uma forma de governo que “assenta numa constante harmonização entre tendências potencialmente contraditórias: se, por um lado, tem como base a limitação dos poderes públicos própria do Estado liberal, (...) por outro lado, a implementação de políticas prestadoras inerentes ao Estado social justifica e exige uma centralização e intervenção pública” (p.526). Na sequência e com arrimo no carácter compromissório da Constituição de 1976, caracteriza o Estado de Direito democrático constitucionalmente consagrado como o resultado da conjugação de “três elementos básicos” logicamente sucessivos (idem): pluralismo (pressuposto), juridicidade (meios de concretização) e bem-estar (objectivo orientador).

A motivação da abordagem da temática subjacente ao Estado de Direito democrático numa dissertação dedicada ao estudo do “poder de substituição”, cremos poder afirmá-lo sem trair o pensamento do autor, encontra alicerce na tese segundo a qual o Estado de Direito demo-

crático “concentra preferencialmente na Administração pública os seus meios jurídicos de acção concretizadores dos imperativos de bem-estar” (p.527); premissa da qual PAULO OTERO retira alguns corolários ao nível de cada um dos “elementos básicos” componentes do modelo de organização política em causa.

Deste modo, considerando que o elemento pluralismo do Estado de Direito democrático, do qual é indiciária “a existência não de uma Administração Pública mas de várias Administrações Públicas” (p.529), releva sucessivamente ao nível do respeito e garantia dos direitos fundamentais, da legitimidade política, da organização da Administração Pública e da participação na decisão administrativa, o poder de substituição assume significado jurídico-constitucional, por um lado, em sede de legitimidade da decisão administrativa, pois para quem como PAULO OTERO defende a existência de um “princípio de preferência pelos centros decisórios da Administração pública dotados de legitimidade política reforçada (...), o poder de substituição poderá encontrar um suporte de legitimidade, senão mesmo uma exigência jurídica de operatividade, em relação à actividade desenvolvida por estruturas decisórias cuja legitimidade política é inferior ou manifestamente reduzida” (p.543), por outro lado, assume ainda relevância no tocante à responsabilidade política do órgão decisor que lhe está subjacente no âmbito dos mecanismos da democracia representativa considerando a posição do autor segundo a qual “nenhum órgão administrativo pode ser responsabilizado politicamente (...) se não possuir meios de acção eficazes sobre todos os sectores de actividade sujeitos à responsabilidade, o poder de substituição pode surgir como instrumento efectivador

ou garantia última da responsabilidade política de um determinado órgão administrativo sobre a actividade desenvolvida por outros centros decisórios dele dependentes em termos intra-administrativos” (idem).

Em segundo lugar, no âmbito do elemento juridicidade, dando por adquirida uma conclusão anterior segundo a qual “o poder hierárquico, a superintendência e a tutela podem servir de instrumentos de garantia da “legalidade democrática” pelo Governo junto das diversas estruturas da Administração Pública”, PAULO OTERO considera que “num tal contexto (...), o poder de substituição poderá encontrar terreno privilegiado de fundamentação: a substituição servirá de possível meio reintegrativo da legalidade (ou da constitucionalidade) do comportamento decisório das diversas estruturas da Administração sujeitas a poderes governamentais de intervenção intra-administrativa” (p.578).

Por último, quanto ao elemento bem-estar, o poder de substituição assume relevância por força da solução constitucional de “atribuir ao Governo o poder de praticar todos os actos e de tomar todas as providências administrativas respeitantes à promoção do desenvolvimento económico-social e à satisfação das necessidades colectivas” (p.614), solução que no entender do autor “estabelece uma ligação entre este órgão e as incumbências do Estado na concretização das imposições constitucionais de bem-estar” (idem) e, na sequência, lhe permite concluir que “a possibilidade de uma intervenção substitutiva (...) sobre a esfera dos entes públicos infra-estaduais assumir-se-ia como forma de garantir a efectivação prática dos imperativos constitucionais referentes às tarefas do Estado” (p.625).

Aspectos pelos quais PAULO OTERO caracteriza “o Governo como herdeiro de uma tradição histórica que lhe confere um estatuto privilegiado de competência e de legitimidade política no seio da Administração Pública” (p.668).

O reverso deste núcleo essencial da dissertação” é dedicado ao enquadramento do “poder de substituição” no “modelo constitucional de organização administrativa” tendo em conta os três princípios que, no entender do autor, constituem o arquétipo do direito constitucional vigente regulador daquela estrutura organizatório- funcional; a saber, os princípios da descentralização e da desconcentração administrativa e da unidade da administração.

Neste campo, PAULO OTERO começa por defender que “a consagração do princípio da descentralização administrativa pela Assembleia Constituinte representa um compromisso assente num equívoco entre forças políticas com visões opostas quanto ao entendimento da descentralização” (p.686), pelo que, sem prejuízo da consagração expressa do princípio no texto constitucional, “a verdade é que são vários os afloramentos de uma concepção centralizadora cuja origem está, curiosamente, na conjugação de elementos provenientes do modelo revolucionário e da tradição herdada da Constituição de 1933” (idem); tendência que considera não ter sido alterada com a “sepultura da transição para o socialismo” enquanto princípio estruturante da Constituição (p.692).

Se a conclusão apurada sobre o modelo de separação vertical- territorial de atribuições enquanto “fenómeno intersubjectivo” apresenta a originalidade de desvendar um dos vários “mitos interpretativos da Constituição de 1976” sobre

o modelo da organização administrativa constitucionalmente consagrado, a análise do sistema de repartição de competências no âmbito da Administração central do Estado enquanto “fenómeno intrasubjectivo ou interorgânico” não deixa de desfazer análogo “equivoco” doutrinário relativamente ao “estatuto do Governo” na medida em que PAULO OTERO conclui que “a Constituição não só concentra poderes no Governo, como permite a concentração intragovernamental de competência. Por isso mesmo, o princípio da desconcentração é uma mentira subtil da Constituição em relação à competência do Governo e à sua forma de distribuição intragovernamental” (p.720). O autor vai contudo mais longe ao afirmar “a preferência política e jurídica por um modelo de estrutura organizativa assente na hierarquia administrativa” (idem) com fundamento na interpretação conjugada de três princípios constitucionais: (I) a competência governamental para o exercício de poderes de direcção sobre a Administração directa (artº 202º, d)), (ii) a salvaguarda do poder de direcção do Governo enquanto limite à estatuição, por via legal, de formas de desconcentração administrativa (artº 267º/ 2) e (iii) a “garantia de efectividade do modelo constitucional de Estado e o equilibrio de poderes resultantes do estatuto do Governo previsto pela Constituição” (p.721/2). Modelo organizatório de “desconcentração relativa” que constitui campo privilegiado de exercício do “poder de substituição” na medida em que “o Governo (...) goza de uma disponibilidade sobre a vontade decisória das restantes estruturas subalternas da Administração directa do Estado, compreendendo-se, por isso mesmo, que sobre elas assuma total e ilimitada responsabilidade política junto da

Assembleia da República e do eleitorado” (p.734).

O mesmo desiderato tendente a assegurar ao Governo os meios de acção correlativos da exigibilidade do dever de responder politicamente perante a Assembleia da República e, em última instância, perante os cidadãos eleitores mostra-se ainda adequado a permitir a delimitação do princípio da unidade da Administração, princípio “complementar” dos anteriores e que funciona como “garantia do desenvolvimento de uma actividade administrativa homogénea na implementação das tarefas de um Estado de Direito democrático confiadas pela Constituição à Administração Pública, permitindo ao Governo o exercício de mecanismos de coordenação, controlo, orientação e direcção da actividade das diferentes estruturas administrativas” (p.752). Qualificado por PAULO OTERO como um corolário do princípio constitucional da unidade e indivisibilidade da soberania do Estado (p.753), o princípio da unidade da Administração tem, na sequência da tese assumida, implicações no conteúdo e na extensão do poder do Governo se substituir às restantes estruturas administrativas quer, por um lado, enquanto órgão condutor da política geral do país relativamente (I) à legitimidade da intervenção para garantir o cumprimento da ordem constitucional e (ii) à supletividade do Direito estadual, quer, por outro lado, enquanto órgão superior da Administração Pública no tocante (I) à titularidade de “mecanismos tendentes a assegurar no interior de um modelo pluralista de organização administrativa um homogeneidade de acção”, (ii) à possibilidade de “transmitir aos seus actos uma posição privilegiada em termos de legitimidade política” e (iii) à delimitação do “exacto

alcance do poder de apreciação pela Assembleia dos actos da Administração” (p.785/6).

A defesa da tese do princípio da unidade da Administração como pedra basilar do modelo constitucional de organização administrativa revela-se determinante na conformação da dinâmica tendente à realização das tarefas características do Estado de Direito democrático; neste sentido PAULO OTERO defende que o artigo 202º g) da Constituição confere ao Governo “uma competência administrativa genérica de promoção do desenvolvimento económico-social e de satisfação das necessidades colectivas a qual, compreendendo todos os aspectos referentes à implementação de um Estado de bem-estar, envolve também a satisfação das necessidades colectivas de segurança e cultura” (p.821/2), preceito que sustenta revestir a natureza jurídica de uma *cláusula self-executing* em matérias não compreendidas na reserva de lei (p.850) e simultaneamente de “uma cláusula geral habilitante do exercício de poderes a título substitutivo, confirmando o estatuto constitucional do Governo como guardião administrativo e garante da implementação

do modelo do estado de bem-estar” (p.852).

A título de conclusão poderíamos dizer que a análise do “modelo constitucional de organização administrativa” serviu a PAULO OTERO de municiamento para o reforço da tese assumida no final da secção anterior que sustentou o estatuto privilegiado do Governo em sede de competência e de legitimidade política no seio da Administração Pública na medida em que assume como ponto omega da dissertação a caracterização do estatuto constitucional do Governo resultante do mencionado artigo 202º g) que, em seu entender, “traduz a síntese entre um modelo organizativo do poder público herdado do Estado pré-constitucional (...) e, por outro lado, uma postura de efectiva realização das tarefas administrativas de um Estado de Direito democrático por parte de uma estrutura decisória dotada de legitimidade política democrática: o executivo é, em consequência (...) a verdadeira face do poder público” (p.854); ou, noutros termos, “a síntese entre o passado pré-liberal e o presente post-liberal”.

José Lucas Cardoso

JÓNATAS EDUARDO MENDES MACHADO

«Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva»

Coimbra Editora, 1996, 426 pp.

A obra que agora se apresenta corresponde ao desenvolvimento da dissertação de mestrado apresentada pelo autor à Faculdade de Direito de Coimbra, e surge na sequência de outros trabalhos que dedicou ao tema da liberdade religiosa («Pré-compreensões na disciplina jurídica do fenómeno religioso», Boletim da Fa-

culdade de Direito de Coimbra, 68, 1992; O regime concordatário entre a «libertas ecclesiae» e a liberdade religiosa, Coimbra, 1993; «Tomemos a sério a separação das confissões religiosas do Estado», Revista do Ministério Público, 58, 1994).

JÓNATAS MACHADO parte da consideração do “lugar central que a reli-